



Roj: STS 2250/2012
Id Cendoj: 28079130032012100171
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 3
Nº de Recurso: 38/2010
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: JOSE MANUEL BANDRES SANCHEZ-CRUZAT
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a doce de Abril de dos mil doce.

VISTO por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Tercera por los Magistrados indicados al margen, el recurso contencioso-administrativo registrado bajo el número 2/38/2010, interpuesto por el Letrado de la XUNTA DE GALICIA, contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 13 de noviembre de 2009, por el que se procede a la ordenación de los proyectos o instalaciones presentados al registro administrativo de preasignación de retribución para las instalaciones de producción de energía eléctrica, previsto en el Real Decreto-ley 6/2009, de 30 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas en el sector energético y se aprueba el bono social. Han sido partes recurridas la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada y defendida por el Abogado del Estado, y la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE LA INDUSTRIA ELÉCTRICA (UNESA), representada por la Procuradora Doña María Concepción Villaescusa Sanz.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Letrado de la XUNTA DE GALICIA interpuso ante esta Sala, con fecha 21 de enero de 2010, el recurso contencioso-administrativo registrado bajo el número 2/38/2010, contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 13 de noviembre de 2009, por el que se procede a la ordenación de los proyectos o instalaciones presentados al registro administrativo de preasignación de retribución para las instalaciones de producción de energía eléctrica, previsto en el Real Decreto-ley 6/2009, de 30 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas en el sector energético y se aprueba el bono social.

SEGUNDO.- En su escrito de demanda, presentado el 29 de junio de 2011, alegó los hechos y fundamentos de Derecho que consideró oportunos y lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

« Que tenga por presentado este escrito y que se estime nuestro recurso anulándose el Acuerdo del Consejo de Ministros de 13 de noviembre de 2009, por el que se procede a la ordenación de los proyectos o instalaciones presentados al registro administrativo de preasignación de retribución para las instalaciones de producción de energía eléctrica prevista en el Real Decreto-ley 6/2009, de 30 de abril por el que se adoptan determinadas medidas en el sector energético y se aprueba el bono social, publicado en el BOE de 24 de noviembre de 2009 por Resolución de 19 de noviembre de 2009 de la Secretaría de Estado de Energía.

Por Otrosí solicita la apertura del trámite de conclusiones.

Por Segundo Otrosí fija la cuantía como indeterminada. » .

TERCERO.- El Abogado del Estado contestó a la demanda por escrito presentado el 13 de octubre de 2011, en el que alegó los hechos y fundamentación jurídica que estimó pertinentes y lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

« que, habiendo por presentado este escrito y sus copias, en unión del expediente que se devuelve, se sirva admitirlo y, en su virtud, tener por evacuado el traslado conferido y por formulada contestación a la demanda y que, previos los trámites de ley, dicte sentencia por la que sea desestimada, confirmando íntegramente el acto recurrido al ser el mismo plenamente conforme a Derecho. » .

CUARTO.- Por Decreto de 25 de noviembre de 2011, se acordó tener por caducado el derecho y por perdido el trámite de contestación a la demanda a la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE LA INDUSTRIA ELÉCTRICA (UNESA), al no haber presentado escrito alguno en el plazo otorgado al efecto, fijar la cuantía del recurso en indeterminada, no recibir el procedimiento a prueba, al no haber sido solicitado por la parte recurrente, y conceder al Letrado de la XUNTA DE GALICIA el plazo de diez días a fin de que presente escrito de conclusiones sucintas de los hechos por el mismo alegados y motivos jurídicos en que se apoye, lo que efectuó en escrito presentado el 12 de diciembre de 2011, en el que tras efectuar las alegaciones que consideró oportunas, lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

« Que tenga por presentado este escrito y conclusiones. » .

QUINTO.- Por diligencia de ordenación de 13 de diciembre de 2011, se acordó otorgar el plazo de diez días a las partes recurridas (la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO y la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE LA INDUSTRIA ELÉCTRICA [UNESA]) para que presenten conclusiones, evacuándose dicho trámite por el Abogado del Estado en escrito presentado el 19 de diciembre de 2011, en el que expuso las alegaciones que consideró oportunas y lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

« que teniendo por presentado este escrito con su copia se sirva admitirlo, teniendo por formuladas conclusiones. » .

SEXTO.- Por diligencia de ordenación de fecha 10 de enero de 2012, se tiene por caducado el derecho y por perdido el trámite de conclusiones a la representación procesal de la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE LA INDUSTRIA ELÉCTRICA (UNESA).

SÉPTIMO.- Por providencia de fecha 30 de enero de 2012 se designó Magistrado Ponente al Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat y se señaló para votación y fallo el día 10 de abril de 2012, fecha en que tuvo lugar el acto.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat, Magistrado de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Sobre el objeto y el planteamiento del recurso contencioso-administrativo.

Constituye el objeto del recurso contencioso-administrativo que enjuiciamos, interpuesto por el Letrado de la XUNTA DE GALICIA, la pretensión anulatoria del Acuerdo del Consejo de Ministros de 13 de noviembre de 2009, por el que se procede a la ordenación de los proyectos o instalaciones presentados al registro administrativo de preasignación de retribución para las instalaciones de producción de energía eléctrica, previsto en el Real Decreto-ley 6/2009, de 30 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas en el sector energético y se aprueba el bono social.

Se pone formalmente en consideración de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo que se plantee cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional si las críticas formuladas al Acuerdo del Consejo de Ministros de 13 de noviembre de 2009 recurrido son imputables al Real Decreto-Ley 6/2009, de 30 de abril.

En aras de una adecuada comprensión del objeto del recurso contencioso-administrativo, procede transcribir íntegramente el contenido del Acuerdo del Consejo de Ministros de 13 de noviembre de 2009:

« [...] 1. Proceder a la ordenación de los proyectos e instalaciones presentados al procedimiento de preasignación considerando, en primer lugar, aquellos cuya solicitud y aval fue presentado en los plazos previstos en la disposición transitoria cuarta del Real Decreto-ley 6/2009, de 30 de abril , y atendiendo a un criterio cronológico en función de la fecha en la que les fue otorgada la autorización administrativa.

2. Disponer la puesta en funcionamiento de las instalaciones en fases sucesivas de acuerdo con el siguiente ritmo acumulado de implantación:

i. Fase 1:

Tecnología solar termoeléctrica: 850 MW.

Tecnología eólica: 3.719 MW.

ii. Fase 2:

Tecnología solar termoeléctrica: 1.350 MW.

Tecnología eólica: 5.419 MW.

iii. Fase 3:

Tecnología solar termoeléctrica: 1.850 MW.

Tecnología eólica: Resto de potencia inscrita al amparo de lo previsto en la disposición transitoria quinta del Real Decreto-ley 6/2009 .

iv. Fase 4:

Tecnología solar termoeléctrica: Resto de potencia inscrita al amparo de lo previsto en la disposición transitoria quinta del Real Decreto-ley 6/2009 .

3. Fijar la fecha de autorización administrativa como criterio de priorización para el establecimiento del calendario de restricciones a la entrada en operación de las instalaciones inscritas en el Registro administrativo de preasignación de retribución.

4. Establecer restricciones anuales a la ejecución y entrada en operación de las instalaciones inscritas en el Registro administrativo de preasignación de retribución, de acuerdo con el calendario que se recoge a continuación.

Las instalaciones inscritas en el Registro administrativo de preasignación de retribución asociadas a cada una de las fases siguientes, no podrán comenzar el vertido de energía eléctrica a través de la red de la empresa distribuidora o de transporte, ya sea en régimen de explotación comercial o en pruebas, con anterioridad a la fecha indicada correspondiente:

Fase 2: 1 de enero de 2011.

Fase 3: 1 de enero de 2012.

Fase 4: 1 de enero de 2013.

Dichas instalaciones deberán ser inscritas con carácter definitivo en el Registro administrativo de instalaciones de producción en régimen especial dependiente del órgano competente y comenzar la venta de energía con anterioridad a la fecha siguiente, dependiendo de la fase a la que haya sido asociada:

Fases 2 y 3: 1 de enero de 2013.

Fase 4: 1 de enero de 2014.

La asignación de la fase correspondiente a cada una de las instalaciones se llevará a cabo mediante resolución de la Dirección General de Política Energética y Minas.

5. Aprobar el mecanismo de modificación de fase asociada siguientes:

Cualquier titular de una instalación inscrita en el Registro administrativo de preasignación de retribución podrá solicitar a la Dirección General de Política Energética y Minas del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio su asociación a una fase posterior a la que haya sido asociada según el modelo recogido en el anexo I a este acuerdo.

De la misma forma, para que cualquier titular de una instalación inscrita asociada a una fase pudiera, en su caso, pasar a una fase anterior, deberá solicitar a la Dirección General de Política Energética y Minas del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio su interés en ser asociado a una fase anterior, según el modelo recogido en el anexo II a este acuerdo.

Dichas solicitudes serán realizadas en el plazo máximo de 10 días hábiles a partir de la notificación de la resolución de la inscripción en el Registro administrativo de preasignación.

La Dirección General de Política Energética y Minas resolverá, sin que se supere el límite de potencia establecido para cada una de las fases, una vez transcurrido un mes desde la última resolución de inscripción en el Registro administrativo de preasignación de retribución, y comunicará a todos los solicitantes afectados las nuevas fechas de limitación a su entrada en funcionamiento.

Cuando la suma de potencias de las instalaciones de aquellos titulares que hayan solicitado pasar a una fase posterior sea mayor que la suma de las que hayan solicitado su interés en ser asociado a una fase anterior, el traslado se priorizará atendiendo a la fecha de autorización administrativa más tardía.

Asimismo, las sociedades titulares de instalaciones inscritas en el Registro administrativo de preasignación de retribución asociadas a fases distintas, podrán solicitar a la Dirección General de Política Energética y Minas del Ministerio de Industria Turismo y Comercio, la permuta de sus respectivas fases

siempre que el accionista de dichas sociedades sea el mismo, o que al menos éstas pertenezcan a un mismo grupo de sociedades en los términos previstos en el artículo 42 del Código de Comercio, la potencia instalada de ambas instalaciones sea la misma, y no se perjudique el derecho de ningún tercero.

6. En la resolución por la que se disponga la inscripción en el Registro administrativo de preasignación de retribución se hará constar la fase asociada a la instalación inscrita resultante de la aplicación del presente Acuerdo.

A tal efecto y para cumplir la ordenación dispuesta en el apartado 1 del presente Acuerdo las resoluciones de inscripción se dictarán atendiendo a las fechas de las autorizaciones administrativas de las instalaciones.

Si se dicta alguna resolución administrativa con posterioridad al momento resultante de la regla prevista en el párrafo anterior, la inscripción de la instalación y asociación a la fase que le corresponda de acuerdo con la fecha de su autorización administrativa no producirá desplazamiento a una fase posterior del resto de instalaciones ya inscritas y notificadas, salvo que dicha situación ocurra para un número de solicitudes cuya potencia asociada suponga un incremento superior a cien MW de la potencia asociada a dicha fase.

7. Ordenar la publicación en la página web del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, de la relación de instalaciones inscritas en el Registro administrativo de preasignación de retribución indicando, para las tecnologías solar termoeléctrica y eólica, junto con la fase a la que ha sido asociado. Las instalaciones que a la fecha de aprobación del presente acuerdo disponen de acta de puesta en marcha serán asociadas a la fase 1.

Este Acuerdo es definitivo en la vía administrativa, pudiendo interponer en el plazo de un mes desde el día siguiente a su notificación, potestativamente, recurso de reposición y recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en el plazo de dos meses contados desde el día siguiente al de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 58 y demás preceptos concordantes de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, así como la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y Planta Judicial, y en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa . » .

La pretensión anulatoria del Acuerdo del Consejo de Ministros de 13 de noviembre de 2009 se fundamenta, esencialmente, en la alegación de que la determinación de los criterios de ordenación de los proyectos o instalaciones presentados al registro administrativo de preasignación de retribución y de la puesta en funcionamiento de las instalaciones en fases sucesivas, aún teniendo en cuenta lo dispuesto en la disposición final segunda del Real Decreto-Ley 6/2009, que alude a las competencias del Estado del artículo 149.1.13ª y 25ª de la Constitución, invade la competencia de la Comunidad Autónoma de Galicia en materia de desarrollo legislativo y ejecución de la legislación del Estado en materia de régimen energético, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 28.3 del Estatuto de Autonomía de Galicia.

En el desarrollo argumental de este motivo impugnatorio del Acuerdo gubernamental, por razones competenciales, se alega que el Gobierno no ha tenido en cuenta los objetivos de potencia instalada previstos en el Plan de energías renovables 2005-2010, en el que se establecía un reparto de potencia por Comunidades Autónomas, afectando a la competencia de la Comunidad Autónoma de Galicia de autorizar y dar acta de puesta en marcha de las instalaciones.

Se aduce que las decisiones adoptadas por el Consejo de Ministro, en referencia a la determinación de los criterios de preasignación de las instalaciones y las fases de implantación, no estaban contempladas en el Real Decreto-Ley 6/2009, por lo que devienen ilegales al necesitar de la aprobación de una norma con rango legal o, en su caso, «de forma muy benévola» (sic), por Real Decreto, pero no por un mero acuerdo gubernamental.

Se argumenta que las restricciones impuestas a las instalaciones inscritas en el Registro administrativo de preasignación de retribución para verter energía eléctrica a través de la red de la empresa distribuidora o de transporte, además de vaciar de efectividad las competencias autonómicas, afectan a la seguridad jurídica y a la confianza legítima de los titulares de aquellas instalaciones autorizadas que cumplen con todos los requisitos.

SEGUNDO.- Sobre el marco jurídico aplicable.

Antes de abordar el examen de la petición de planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad del artículo 4 y de las disposiciones transitorias cuarta y quinta del Real Decreto-ley 6/2009, de 30 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas en el sector energético y se aprueba el bono social, y de los concretos

motivos de impugnación formulados contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 13 de noviembre de 2009, resulta oportuno exponer las razones que han determinado la adopción del referido Acuerdo gubernamental, tal como expusimos en la sentencia dictada por esta Sala jurisdiccional del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2011 (RCA 181/2010), en la que dijimos:

« [...] La Disposición transitoria quinta del Real Decreto-ley 6/2009 autorizaba al Gobierno, cuando la potencia asociada a los proyectos inscritos en el Registro de preasignación fuese superior al objetivo previsto, a "establecer restricciones anuales a la ejecución y entrada en operación de las instalaciones inscritas y la priorización de las mismas al objeto de no comprometer la sostenibilidad técnica y económica del sistema".

En el acuerdo ahora impugnado el Consejo de Ministros toma en consideración las solicitudes presentadas a registro para destacar cómo la potencia solicitada para las instalaciones de tecnología solar termoeléctrica (4499 MW) y de tecnología eólica (13.462 MW), sumada a la potencia ya instalada, excede los objetivos de potencia recogidos en el Real Decreto 661/2007. Ante esta situación fue solicitado un informe al Operador del Sistema y Gestor de la Red de Transporte sobre las posibilidades y el ritmo de integración a **medio** plazo (periodo 2009-2014) de la energía eléctrica procedente de fuentes de generación renovable y otro sobre el impacto económico de la entrada en funcionamiento de las instalaciones generadoras.

Las conclusiones de ambos informes fueron, en los términos del preámbulo del Acuerdo, que "el sistema de gestión eléctrica permite la incorporación de 3.100 MW de potencia de nuevas instalaciones renovables al año, hasta el año 2014, sin comprometer la sostenibilidad técnica y económica del Sistema Eléctrico". Y ante el hecho de que a las instalaciones de la tecnología solar fotovoltaica no les eran aplicables las disposiciones del artículo 4 y las disposiciones transitorias cuarta y quinta del Real Decreto-ley 6/2009, el Consejo de Ministros considera que concurre la hipótesis prevista en esta última disposición (quinta) para las instalaciones de tecnología eólica y solar termoeléctrica.

En consecuencia, dado que dichas instalaciones "debe acompasarse a las capacidades de absorción técnica y económica del sistema" pues las potencias solicitadas bajo ambas modalidades, eólica y solar termoeléctrica, exceden "de forma importante el ritmo de implantación previsto hasta el momento", se programa su entrada gradual en servicio, de modo escalonado, a fin de "no comprometer la seguridad técnica y económica del Sistema Eléctrico, teniendo en consideración el ritmo de implantación previsto por el resto de tecnologías, y las restricciones técnicas y económicas referidas". Para ello el Consejo de Ministros fija las restricciones anuales a la ejecución y entrada en operación de las instalaciones inscritas.

El paso siguiente, una vez constatada "la necesidad de diferir en el tiempo la entrada en funcionamiento de algunas instalaciones que, al amparo de la disposición transitoria cuarta y quinta, han de obtener o han obtenido la inscripción en el Registro de Preasignación", es fijar el criterio de prioridad al que se refiere, sin concretarlo, la Disposición transitoria quinta del Real Decreto-ley 6/2009.

El Consejo de Ministros, por las razones que se explican en el apartado sexto del preámbulo de su Acuerdo, vistas las dificultades de acoger cualquier otro criterio (en concreto, los referidos en el apartado 5 del artículo 4 del Real Decreto-ley 6/2009) opta por otorgar prioridad a la fecha de la autorización administrativa de las instalaciones inscritas en el registro de preasignación, en cuanto "acto administrativo otorgado por el órgano sustantivo y con competencia en materia energética [...] ligada a la propia autorización como instalación de producción de energía eléctrica". » .

En el Preámbulo del Acuerdo del Consejo de Ministros de 13 de noviembre de 2009 se justifica la necesidad de diferir en el tiempo la entrada en funcionamiento de algunas instalaciones productoras de energía eléctrica en régimen especial, con el objeto de no comprometer la sostenibilidad técnica y económica del sistema, con la determinación de un criterio de priorización referido a la fecha en que fue otorgada la autorización administrativa, en los siguientes términos:

« [...] II.- La potencia asociada a las instalaciones inscritas con carácter definitivo en el Registro administrativo de instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial dependiente de la Dirección General de Política Energética y Minas anterior al 7 de mayo de 2009, era de 81 MW y de 16.436 MW para las instalaciones de tecnología solar termoeléctrica y eólica, respectivamente.

Los objetivos de potencia de referencia previstos en los artículos 37 y 38 del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, para las tecnologías solar termoeléctrica y eólica son 500 MW y 20.155 MW, respectivamente.

Dichos objetivos son los previstos en el Plan de Energías Renovables 2005-2010, aprobado por Consejo de Ministros el 26 de agosto de 2005, y los considerados en la elaboración de la Planificación de los Sectores de Electricidad y Gas 2008-2016, aprobado por el Consejo de Ministros el 30 de mayo de 2008.

III.- Al amparo de lo previsto en el Real Decreto-ley 6/2009, de 30 de abril han sido presentadas por los interesados 104 solicitudes de tecnología solar termoeléctrica por una potencia total de 4.499 MW, 536 solicitudes de tecnología eólica, por una potencia de 13.462 MW, 27 de tecnologías cogenerativas, por una potencia de 264 MW, 17 de tecnología hidráulica, por una potencia de 69 MW, 13 de aprovechamiento de biomasa, por una potencia de 161 MW y 9 de aprovechamiento de biogás por una potencia de 51 MW.

Dado que la potencia solicitada para las tecnologías solar termoeléctrica y eólica, sumada a la potencia ya instalada, excede los objetivos de potencia recogidos en el Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, se procedió a analizar el impacto técnico y económico que la entrada en funcionamiento de una potencia muy superior al objetivo previsto en el horizonte 2010 podría conllevar.

A este fin se solicitó al Operador del Sistema y Gestor de la Red de Transporte, un Informe sobre la Integración de Generación Renovable a **Medio** Plazo para el periodo 2009-2014, que fue remitido a la Secretaría de Estado de Energía del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, con fecha 26 de octubre de 2009.

Por otro lado, por parte de la propia Secretaría de Estado de Energía fue elaborado un Informe sobre el impacto económico de la entrada en funcionamiento de las instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovable, en el horizonte 2014.

Las conclusiones del Informe sobre la Integración de Generación Renovable a **Medio** Plazo para el periodo 2009-2014, elaborado por Red Eléctrica de España, son las siguientes:

La adecuada valoración de la capacidad de conexión de régimen especial se justifica por razones asociadas a la seguridad de suministro y al desarrollo eficiente de la red y del conjunto del sistema, y también por la necesidad de asegurar un desarrollo suficiente y sostenible del equipos generador, tanto para el sistema como para los propios agentes generadores.

El informe elaborado por Red Eléctrica de España se fundamenta en las conclusiones de los estudios de cobertura de la demanda y de los estudios de red de capacidad y de aceptabilidad, elaborados por ésta.

Los estudios de red realizados se han hecho bajo las hipótesis de las instalaciones y refuerzos de la red de transporte incluidas en la Planificación de los sectores de electricidad y gas 2008-2016, y el cumplimiento de los nuevos generadores en régimen especial de los requisitos incluidos en los vigentes procedimientos de operación P.O. 12.2 y 12.3.

Desde el punto de vista de la cobertura de la demanda no aparecen dificultades de garantía de potencia, así, la reducción de consumo motivada por la coyuntura económica actual, junto con las inversiones en generación ya realizadas o en ejecución aseguran índices de superiores a 1,1 hasta el año 2013. Se observa la necesidad de nueva instalación de potencia firme a partir del año 2014, para garantizar un índice de cobertura de 1,1.

Se supone una utilización de los grupos de carbón superior a 4.200 h/año y una utilización de los ciclos combinados en su valor mínimo en 2012 con 2.100-2.300 h/año.

El ritmo de instalación de renovables propuesto presentará dificultades adicionales, debido a que su disponibilidad intermitente implicará la aparición de situaciones en que la producción agregada no podrá ser integrada en el sistema, y provocando un vertido de energía primaria estimado para el año 2014 entre 0,4 y 2,3 TWh de energía, durante 3 a 10% de las horas del año, o entre 0,6 y 3,6 TWh de energía, durante 5 a 12% de las horas del año, dependiendo de las hipótesis de funcionamiento.

Debido al elevado número de horas de vertidos de renovables, con las dificultades que conlleva el equilibrio generación- demanda de difícil control en fuentes intermitentes, y debido a la dificultad para los grupos gestionables de seguir los nuevos requerimientos horarios del sistema (mayor producción renovable, rampas de arranque, etc) no se recomienda sobrepasar el crecimiento actualmente previsto de 3.000 a 3.300 MW renovables/año.

Las conclusiones del Informe sobre el impacto económico de la entrada en funcionamiento de las instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovable, en el horizonte 2014, elaborado por la Secretaría de Estado de Energía, son las siguientes:

El sobrecoste para la el sistema derivado del cumplimiento de los objetivos de potencia del Plan de Energías Renovables 2005- 2010 supondría, en 2010, valorado al precio del mercado actual, alrededor de 3.660 M#.

El desigual desarrollo de las distintas tecnologías, y el exceso de instalación en algunas de ellas, provocará que, ya al cierre de 2009, un año antes del horizonte del Plan de Energías Renovables 2005-2010, el sobrecoste para el sistema de la producción de energía eléctrica a partir de energías renovables se situará por encima de los 5.000 M#.

Esta situación se agravaría si todas las instalaciones inscritas en el pre-registro entrasen en funcionamiento en 2010, lo que situaría el sobrecoste del régimen especial en 7.254 M#.

En cambio, la entrada en operación gradual de las instalaciones de tecnología solar termoeléctrica y eólica inscritas en el Registro de preasignación, durante el periodo 2010-2013, permitirá una absorción mucho más moderada del coste asociado a dichas tecnologías. El escenario propuesto para entrada en operación implica un sobrecoste del régimen especial de 5.959 M# en 2010.

En cualquier caso, este análisis no considera otros impactos de la entrada de renovables sobre los costes de generación, tales como el posible descenso de precios del pool por la entrada de las energías renovables, ya que compara distintos escenarios asumiendo precios constantes entre escenarios. Tampoco cuantifica el impacto que la menor gestionabilidad de las renovables puede tener sobre el sistema, ya que su mayor instalación puede obligar al mantenimiento de un parque térmico de generación abierto durante un número reducido de horas, sin capacidad para recuperar los costes fijos, que deberían soportar los costes regulados mediante sistemas de pago por capacidad. No obstante, estos efectos se consideran secundarios y en buena medida se contrarrestan en un equilibrio de largo plazo.

Este escenario posibilitará un ahorro acumulado aproximado para el sistema hasta el año 2013 de 2.500 M#.

Por último, es necesario reflejar que existen unos límites máximos al déficit tarifario legalmente establecidos en el Real Decreto-ley 6/2009, de 30 de abril, de 3.500 M#, 3.000 M#, 2.000 M# y 1.000 M#, para los años 2009, 2010, 2011 y 2012, respectivamente.

En todo caso, debe señalarse que este informe cuantifica exclusivamente el efecto a corto plazo sobre los costes del sistema eléctrico de la entrada de las instalaciones renovables, pero no cuantifica en cambio sus efectos positivos, como la sostenibilidad de sus fuentes, la reducción en las emisiones contaminantes, el cambio tecnológico, la reducción de la dependencia energética y del déficit de balanza comercial, el aumento del nivel de empleo y el desarrollo rural, entre otros, beneficios que en su conjunto exceden ampliamente a los costes y justifican el marco regulatorio de apoyo a las energías renovables.

IV.- De acuerdo con las conclusiones de ambos informes, el sistema de gestión eléctrica permite la incorporación de 3.100 MW de potencia de nuevas instalaciones renovables al año, hasta el año 2014, sin comprometer la sostenibilidad técnica y económica del Sistema Eléctrico.

Dado que el ritmo de implantación de las instalaciones de la tecnología solar fotovoltaica viene determinado por el Real Decreto 1578/2008 y que no es aplicable a esta tecnología las disposiciones del artículo 4 y disposiciones transitorias cuarta y quinta del Real Decreto-ley 6/2009 , el ritmo de implantación de las instalaciones correspondientes a las tecnologías eólica y solar termoeléctrica debe acompasarse a las capacidades de absorción técnica y económica del sistema.

Por su parte, para las tecnologías solar termoeléctrica y eólica, cuya potencia solicitada excede de forma importante el ritmo de implantación previsto hasta el momento, es necesario realizar una programación de su entrada en operación a fin de no comprometer la seguridad técnica y económica del Sistema Eléctrico, teniendo en consideración el ritmo de implantación previsto por el resto de tecnologías, y las restricciones técnicas y económicas referidas.

El establecimiento de restricciones anuales a la ejecución y entrada en operación de las instalaciones inscritas y la priorización de las mismas, mediante Acuerdo del Consejo de Ministros, está amparada en la habilitación otorgada en el apartado 1 de la disposición transitoria quinta del Real Decreto-ley 6/2009, de 30 de abril .

Dichas limitaciones no suponen alteración de los derechos económicos reconocidos por el Real Decreto-ley 6/2009.

Así, de acuerdo con lo previsto en el citado real decreto-ley, los titulares de las instalaciones inscritas en el Registro administrativo de preasignación de retribución dispondrán de un plazo máximo de treinta y seis meses a contar desde la fecha de su notificación, para ser inscritas con carácter definitivo en el Registro administrativo de instalaciones de producción en régimen especial dependiente del órgano competente y comenzar la venta de energía, con independencia de que su entrada en operación se haya restringido a una fecha posterior a una determinada.

En todo caso, para aquellas instalaciones para las que se restrinja su entrada en operación más allá de los 36 meses otorgados con carácter general en el real decreto-ley desde la notificación de su resolución, dicho plazo será ampliado convenientemente de acuerdo con lo previsto en la referida disposición transitoria quinta.

V.- *Apreciada la necesidad de diferir en el tiempo la entrada en funcionamiento de algunas instalaciones que, al amparo de la disposición transitoria cuarta y quinta, han de obtener o han obtenido la inscripción en el Registro de Preasignación es preciso establecer cual es el criterio de priorización al que se refiere la disposición transitoria quinta del Real Decreto-ley 6/2009.*

Es preciso significar, en primer lugar, que dichas disposiciones transitorias no establecen explícitamente ningún criterio de priorización.

El criterio establecido en el apartado 5 del art 4.º del Real Decreto-ley 6/2009, de 30 de abril, no es aplicable a la priorización a la que se refiere las disposiciones transitorias, ya no sólo por su ubicación sistemática, sino porque dicho criterio es determinante del derecho a económico asociado a la inscripción.

Asimismo, la aplicación extensiva de este criterio para la ordenación resulta imposible dado que, la fecha determinante de la prioridad vendría dada por la fecha del documento más moderno de los establecidos en el art 4.3 del Real Decreto-ley 6/2009, de 30 de abril, y en los seis días previos a la entrada en vigor de esta disposición se concentran dos terceras partes de los expedientes de la tecnología solar termoeléctrica y una tercera parte los de la tecnología eólica. Esta circunstancia impide una ordenación o priorización por el mismo criterio establecido en apartado 5.

En cualquier caso, excluida la posibilidad de aplicar aquél criterio, el criterio temporal es el único válido y objetivo para la priorización a la que se refiere. A mayor abundamiento, es el único criterio que en otros casos ha determinado un derecho preferente.

Ahora bien, para el otorgamiento de la inscripción en el Registro de pre-asignación de retribución es necesario que los proyectos inscritos o a inscribir al amparo de la disposición transitoria cuarta cumplan con los requisitos previstos en el artículo 4.3 del citado Real Decreto-ley 6/2009, de 30 de abril. La aplicación del criterio temporal exige tomar en consideración un hito concreto que sirva de base para la priorización u ordenación temporal.

De los requisitos previstos en el referido artículo 4.3 del Real Decreto-ley 6/2009 existen requisitos que sólo son exigibles en determinados supuestos o tecnologías. Tal es el caso de la disposición de punto de suministro de gas natural y del informe favorable de aprovechamiento de aguas. Esta circunstancia hace poco adecuada la elección de estos trámites como determinantes de la ordenación que se pretende.

La acreditación de la disposición de recursos económicos propios para acometer la inversión normalmente descansa en documentos privados, con la dificultad que ello lleva para determinar una fecha que surta efectos contra terceros. Asimismo, es un hito difícilmente fechable, dado que, pese a que se cumpla materialmente el requisito, su documentación podría ser posterior, perjudicando de este modo al administrado.

La conexión y el acceso, además de aparecer documentados en documentos privados, suelen ser hitos previos al otorgamiento de la autorización administrativa.

Por último, en cuanto a los avales, el requerido para solicitar el acceso a la red de transporte o distribución ha sufrido variaciones conceptuales a lo largo de su existencia y su competencia recae en administraciones diferentes, y el requerido en el artículo i) ha sido creado expost.

Resulta, por lo tanto, que los únicos documentos públicos (excluidos el informe favorable de la administración del agua y los avales), son la licencia de obras y la autorización administrativa. En ambos casos su otorgamiento es necesario con carácter previo a la construcción de la instalación y, además, están sujetos a un procedimiento administrativo reglado.

De estos dos documentos sólo la autorización administrativa de la instalación es un acto administrativo otorgado por el órgano sustantivo y con competencia en materia energética y va ligada a la propia autorización

como instalación de producción de energía eléctrica. Asimismo resulta el más idóneo dado que para su otorgamiento se ha tenido que comprobar la conexión o el derecho de acceso.

Asimismo, en el caso de licencia de obras se da la circunstancia que el régimen jurídico aplicable a los administrados no es el mismo y esto es relevante no sólo por las desigualdades de trato que se pudieran generar, sino porque se producen situaciones en las que existen dudas importantes en cuanto al carácter del silencio, momento en que se produce y la acreditación del mismo . » .

TERCERO.- Sobre el motivo de impugnación fundamentado en la infracción del artículo 149.1.13^a y 25^a de la Constitución .

La pretensión anulatoria del Acuerdo del Consejo de Ministros de 13 de noviembre de 2009, por el que se procede a la ordenación de los proyectos o instalaciones presentados al registro administrativo de preasignación de retribución para las instalaciones de producción de energía eléctrica, previsto en el Real Decreto-ley 6/2009, de 30 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas en el sector energético y se aprueba el bono social, fundamentada en el argumento de que constituye un desarrollo del contenido del Real Decreto-ley 6/2009, de 30 de abril, que, a pesar de lo dispuesto en la disposición final segunda de la referida norma , que alude a las competencias exclusivas del Estado en materia de bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica y de bases del régimen energético, contempladas en el artículo 149.1.13^a y 25^a de la Constitución , por su carácter de ejecución de la normativa estatal, la competencia para su aprobación correspondería a las Comunidades Autónomas, no puede prosperar, en la medida en que sostenemos que se trata de una regulación que concierne a la determinación aplicativa del régimen económico de las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial, que no supone la revisión o suspensión de las autorizaciones de las instalaciones ni de las actuaciones de puesta en funcionamiento adoptadas por las Administraciones de las Comunidades Autónomas.

En efecto, consideramos que la decisión adoptada en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 13 de noviembre de 2009, de determinación de los criterios de ordenación de los proyectos e instalaciones presentados al procedimiento de preasignación de retribución y de fijación del proceso de implantación de su puesta en funcionamiento, que pretende, al amparo de lo previsto esencialmente en el artículo 4 y las disposiciones transitorias cuarta y quinta del Real Decreto-ley 6/2009, de 30 de abril , establecer medidas regulatorias restrictivas respecto de la ejecución y entrada en funcionamiento de esta clase de instalaciones, con el objetivo de modular el impacto económico sobre el sistema retributivo primado del sector eléctrico y de promover la gestión racional y equilibrada de esta actividad, que sólo permite la incorporación de 3.000 Mw de potencia de nuevas instalaciones renovables al año, está legitimada por el título competencial estatal del artículo 149.1.13^a de la Constitución , de bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, debido a la indudable repercusión que el régimen económico del sector eléctrico tiene en la economía en su conjunto. Así mismo, advertimos que dicha regulación no desborda el concepto de bases del régimen energético a que alude el artículo 149.1.25^a de la Constitución , en desconsideración de la competencia de la Comunidad Autónoma de Galicia en materia de ejecución del régimen energético, contemplada en el artículo 28.3 del Estatuto de Autonomía de Galicia, en cuanto el Acuerdo gubernamental recurrido pretende graduar la entrada en funcionamiento de las instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes renovables con la finalidad de cumplir los objetivos acogidos en la planificación estatal del sector eléctrico y, asimismo, el mandato legal sobre los límites del déficit tarifario, lo que advierte de la prevalencia del título competencial del Estado en materia de ordenación general de la actividad económica.

En este sentido, cabe significar que el Tribunal Constitucional, en la sentencia 18/2011, de 3 de marzo , ha concretado el alcance de los títulos competenciales del Estado referidos en el artículo 149.1.13^a y 25^a de la Constitución , y el significado del concepto de bases estatales del sector eléctrico, en relación con los recursos de inconstitucionalidad promovidos contra determinados preceptos de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, que regulaban el marco de distinción de competencias en esta materia entre el Estado y las Comunidades Autónomas, después de explicar el sentido general de la legislación del sector eléctrico y la ordenación del régimen especial de producción eléctrica, en los siguientes términos:

« [...] Antes de abordar el examen de las controversias aquí planteadas resulta conveniente insertarlas en el contexto normativo al que corresponden, para lo cual hemos de detenernos, siquiera sea sumariamente, en el examen del sentido general de la normativa estatal aplicable al sector eléctrico. En tal sentido, resulta imprescindible hacer referencia, en primer lugar, a la LSE. Esta Ley pretende incorporar a nuestro ordenamiento jurídico las exigencias de la normativa comunitaria en la materia, a la sazón contenida en la Directiva 96/92/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de diciembre de 1996, relativa a normas comunes para el mercado interior de la electricidad (actualmente sustituida por la Directiva 2003/54/CE, del

Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003), estableciendo un modelo de sistema eléctrico que, a partir de la premisa de que el suministro de energía eléctrica es esencial para el funcionamiento de la sociedad, persigue el objetivo de garantizar un suministro de energía eléctrica de calidad adecuada al menor coste posible que, a su vez, sea compatible con la necesaria protección del **medio ambiente**. Para la consecución de este objetivo la Ley del sector eléctrico declara todas las actividades que componen el sector como servicio esencial articulándolo mediante la formulación de un sistema de planificación de naturaleza indicativa, salvo en lo relativo a las instalaciones de transporte, respecto a las que la planificación será vinculante. En el mismo sentido, la explotación unificada del sistema eléctrico nacional deja de ser un servicio público de titularidad estatal desarrollado por el Estado y sus funciones son asumidas por dos entes con forma de sociedades mercantiles privadas, el operador del mercado, encargado de la gestión económica referida al eficaz desarrollo del mercado de producción de electricidad y el operador del sistema, encargado de garantizar la continuidad y seguridad del suministro eléctrico y la correcta coordinación del sistema de producción y de transporte.

Otro de los objetivos de la LSE es la liberalización del sector, continuando en este ámbito con las previsiones ya fijadas en la Ley 40/1994, separando jurídicamente aquellas actividades que tienen la condición de reguladas de las que no lo son. De esta forma tienen la consideración de actividades reguladas, además de las relacionadas con la gestión económica y técnica del sistema a las que ya se ha hecho referencia, otras dos, sometidas a un régimen de autorización administrativa y a una retribución de sus actividades fijada por los poderes públicos. Dichas actividades son el transporte (actividad consistente en la transmisión de la electricidad a través de redes de alta tensión desde los lugares de generación hasta los puntos de distribución o consumidores finales) y la distribución (actividad que supone la transmisión de energía desde las redes de transporte hasta los puntos de consumo así como la venta de energía eléctrica a los consumidores a tarifa). Por el contrario, la generación o producción de energía eléctrica, desarrollada bajo la premisa del derecho a la libre instalación y del principio de libre competencia, así como la comercialización, segunda actividad no regulada, se desenvuelven, de acuerdo con el sistema de la Ley del sector eléctrico, en un régimen competitivo en el marco de las previsiones que ella misma establece. Para ello se generaliza el derecho de acceso a las redes de transporte y distribución, de suerte que la propiedad de las mismas no garantiza su uso exclusivo. El sistema se completa con el establecimiento de un régimen económico único, incluyendo como elementos comunes la configuración de la retribución de las actividades destinadas al suministro de energía eléctrica y, como consecuencia de ello, la determinación por parte de una única administración de las tarifas, peajes y precios que han de pagar los consumidores.

Como consecuencia de todo ello, el régimen jurídico del suministro de electricidad tiende, de acuerdo con la exposición de motivos de la propia Ley del sector eléctrico, a la liberalización y libre competencia del sector eléctrico, plena en la generación y comercialización de la energía y limitada en su transporte y distribución, debido a su carácter de monopolio natural y en las que, si bien se generaliza el acceso de terceros a las redes, su retribución continúa siendo fijada administrativamente en atención a las circunstancias determinadas por la existencia del principio de red única.

De acuerdo con los objetivos anteriores, la LSE pretende, según su art. 1, regular las actividades destinadas al suministro de energía eléctrica consistentes en su generación, transporte, distribución, comercialización e intercambios intracomunitarios e internacionales, así como la gestión económica y técnica del sistema eléctrico. La regulación de dichas actividades, para las que se reconoce la libre iniciativa empresarial en el marco del principio de garantía del suministro de energía eléctrica, tiene por finalidad la adecuación del suministro de energía eléctrica a las necesidades de los consumidores, así como la racionalización, eficiencia y optimización de aquél, atendiendo a los principios de monopolio natural del transporte y la distribución, red única y realización al menor coste.

De esta forma, aunque el sector eléctrico sigue siendo objeto de una amplia regulación específica, más o menos intensa según las distintas actividades dirigidas al suministro, lo cierto es que el legislador no considera necesario que el Estado se reserve para sí el ejercicio de ninguna de las actividades que integran dicho tipo de suministro, abandonándose en la LSE la tradicional noción de servicio público, y poniéndose, asimismo, los pilares para una progresiva liberalización del mercado eléctrico, que funciona, según la exposición de motivos de la Ley del sector eléctrico, bajo los principios de actividad, transparencia, libre competencia y libre iniciativa empresarial. Así, el suministro de energía eléctrica a todos los consumidores que lo demanden es un servicio esencial (art. 2.2 LSE), así como un derecho de los mismos (art. 10.1 LSE) que se presta mediante el ejercicio de una serie de actividades, algunas de las cuales se desarrollan en régimen de libre competencia y otras como actividades reguladas, de acuerdo con el art. 11 LSE. En suma, la Ley del sector eléctrico introduce la ordenación básica de las distintas actividades del sector eléctrico, autorizando los desarrollos

reglamentarios y asignando las competencias administrativas derivadas de las intervenciones previstas, todo ello con fundamento, de acuerdo con su disposición final primera, en el art. 149.1.13ª y 25ª CE .

[...] En relación a los títulos competenciales estatales alegados, este Tribunal ya ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre su alcance en un supuesto similar, y así de la STC 197/1996, de 28 de noviembre , resolutoria de un recurso de inconstitucionalidad promovido por la Generalitat de Cataluña en relación con la Ley 34/1992, de 22 de diciembre, de ordenación del sector petrolero, pueden extraerse los siguientes criterios, reiterados en la STC 223/2000, de 21 de septiembre , F. 5:

a) Aunque es cierto que este Tribunal ha fijado como criterio general que en los supuestos de concurrencia de títulos competenciales debe prevalecer la regla competencial específica sobre la más genérica, hemos precisado también que este criterio no puede tener un carácter absoluto. Partiendo de estas apreciaciones, hemos advertido que «no podría afirmarse con carácter general, y menos aún absoluto, que en un sector tan importante para el desarrollo de la actividad económica en general como el del petróleo -de ahí sin duda la concurrencia de una pluralidad de títulos competenciales-, las competencias específicas, por ejemplo, en materia energética, hayan de prevalecer necesariamente y en todo caso sobre las relativas a la planificación económica; y mucho menos que las primeras hayan de desplazar totalmente a las segundas. Las competencias de ordenación o dirección general de la economía -entre las que han de encuadrarse las relativas a planificación, de un lado, y, de otro, las de ordenación de concretos sectores económicos, entre los que se cuenta el energético y, dentro de éste, el subsector del petróleo- han de ejercerse conjunta y armónicamente, cada cual dentro de su respectivo ámbito material de actuación, que será preciso delimitar en cada caso» [STC 197/1996 , F. 4 A)].

b) Hemos precisado, en este sentido, que «dentro de la competencia de dirección de la actividad económica general tienen cobertura "las normas estatales que fijan las líneas directrices y los criterios globales de ordenación de sectores económicos concretos, así como las previsiones de acciones o medidas singulares que sean necesarias para alcanzar los fines propuestos dentro de la ordenación de cada sector" (STC 95/1986 , F. 4 y, en los mismos términos, STC 188/1989 , F. 4, con cita de las SSTC 152/1988 y 75/1989). Doctrina aplicable con mayor razón a supuestos en los que existen, como en el presente, reservas competenciales expresas en favor del Estado tanto respecto de la actividad económica general (art. 149.1.13ª CE) como del específico sector energético (art. 149.1.25ª CE). Por lo que no es preciso efectuar esfuerzo interpretativo alguno para afirmar, respecto al presente supuesto, que de esa competencia estatal de dirección general de la economía a la que este Tribunal se ha referido forman parte, en cuanto la misma pueda recaer sobre el sector petrolero, no sólo las genéricas competencias relativas a las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, sino también las más específicas de ordenación del sector energético, referentes a las bases del régimen del mismo» [STC 197/1996 , F. 4 A)].

c) En todo caso debe tenerse presente que no son «equivalentes o intercambiables el título genérico relativo a planificación económica y el específico referente a la ordenación de un sector aun en el supuesto en que ambos pertenezcan a un mismo titular», puesto que las facultades de actuación conferidas al Estado por el título competencial genérico y el específico no tienen por qué coincidir. «Cuando se trata de reconocer o negar carácter básico a un concreto precepto legal, será preciso determinar en cada caso si éste opera realmente, por ejemplo, en el ámbito de la planificación económica, o bien, también por ejemplo, en el del régimen energético. Sin olvidar, finalmente, que la competencia estatal en cuanto a planificación económica ex art. 149.1.13ª CE -y en ello difiere de la relativa a régimen energético ex art. 149.1.25ª CE - no se agota en las bases, sino que comprende además la "coordinación" en tal materia. Esto es, le corresponde una facultad que presupone lógicamente la existencia de competencias autonómicas, aun de mera ejecución, que deben ser respetadas, y con la que se persigue, en esencia, la integración de las diversas partes del sistema en el conjunto del mismo mediante la adopción por el Estado de **medios** y sistemas de relación, bien tras la correspondiente intervención económica bien incluso con carácter preventivo, para asegurar la información recíproca, la homogeneidad técnica en ciertos aspectos y la acción conjunta de las autoridades estatales y autonómicas en el ejercicio de sus respectivas competencias» [STC 197/1996 , F. 4 B)].

Las consideraciones relativas al sector petrolero, al que se refirió la STC 197/1996, de 28 de noviembre , son perfectamente trasladables al sector eléctrico, el cual no sólo constituye un sector estratégico para el funcionamiento de cualquier sociedad moderna, representando por sí mismo una parte muy importante dentro del conjunto de la economía nacional, sino que es clave como factor de producción esencial para la práctica totalidad de los restantes sectores económicos, condicionando de manera determinante en muchos casos su competitividad. Y todo ello sin olvidar que es hoy en día indispensable para la vida cotidiana de los ciudadanos. Estas circunstancias justifican que el Estado pueda intervenir en la ordenación del sector eléctrico tanto a

través del título general relativo a la planificación general de la economía (art. 149.1.13ª CE) como mediante el más específico relativo al sector energético (art. 149.1.25ª CE), debiendo determinarse en cada caso a la hora de enjuiciar los preceptos cuestionados en este proceso constitucional qué título competencial ampara, en su caso, la actividad normativa del Estado, pues uno y otro título competencial no confieren al Estado las mismas potestades de actuación.

[...] Planteada la controversia en estos términos ha de tenerse en cuenta que el Estado, en virtud de los títulos competenciales establecidos en el art. 149.1.13ª y 25ª CE , se encuentra habilitado para llevar a cabo una actividad planificadora en relación con el sector eléctrico. En relación con la actividad de planificación desarrollada por el Estado en subsectores económicos en los que existen competencias estatales y autonómicas ya hemos declarado que la atribución competencial a las Comunidades Autónomas, aun cuando fuere exclusiva -lo que no es el caso que aquí se plantea- «no excluye la competencia estatal para establecer las bases y la coordinación de ese subsector, y que el ejercicio autonómico de esta competencia exclusiva puede estar condicionado por medidas estatales, que en ejercicio de una competencia propia y diferenciada pueden desplegarse autónomamente sobre diversos campos o materias, siempre que el fin perseguido responda efectivamente a un objetivo de planificación económica» (STC 75/1989, de 21 de abril , F. 3). Ni tampoco excluye «que el Estado intervenga "cuando para conseguir objetivos de política económica nacional se precise una actuación unitaria en el conjunto del territorio del Estado", aun si se trata de una "planificación de detalle" (STC 29/1986) o de acciones o medidas singulares para alcanzar los fines propuestos en la ordenación de un sector económico (SSTC 95/1986 y 152/1988 , entre otras)». [STC 225/1993, de 8 de julio , F. 3 D].

[...] El art. 27 LSE ha de considerarse norma básica, al regular aspectos esenciales de la generación de electricidad, que constituye una de las actividades esenciales destinadas al suministro de este tipo fundamental de energía. Debe recordarse que, junto al régimen ordinario de producción eléctrica, la LSE ha diferenciado -con el establecimiento de ciertas singularidades jurídicas y económicas- un conjunto de instalaciones de producción de energía eléctrica que conforman el denominado «régimen especial», definido, con carácter básico de conformidad con el art. 149.1.13 y 25 CE , en el art. 27 LSE y desarrollado, con el mismo carácter, en su momento por el Real Decreto 436/2004, de 12 de marzo , por el que se establece la metodología para la actualización y sistematización del régimen jurídico y económico de la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, norma posteriormente derogada y sustituida por el citado Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, por el que, con carácter básico al amparo de lo establecido en el art. 149.1.22ª y 25ª CE (disposición adicional tercera), se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial. La importancia de la regulación de estas actividades para el ordenado suministro de energía eléctrica justifica que el legislador estatal establezca las bases en esta materia.

Pues bien, la simple comparación entre el art. 27.1 LSE, precepto de carácter básico que no ha sido cuestionado por las instituciones canarias, y el art. 2.11 de la Ley del sector eléctrico canario (que ha de ponerse en relación con el art. 9.7 de la Ley del sector eléctrico canario) revela que este precepto no se ajusta a la norma estatal básica. En efecto, mientras que la normativa básica estatal ha establecido unos límites de potencia de las instalaciones para caracterizar el concepto de régimen especial de producción eléctrica, el art. 2.11 de la Ley del sector eléctrico canario ha regulado dicho concepto en su territorio obviando dichos límites, pues en este precepto no se hace referencia alguna a límites en la potencia de instalación, de manera contraria a lo que ocurre con el art. 27.1 LSE.

De esta forma, el tratamiento que se ha dado en la Ley del sector eléctrico canario a los productores que se benefician por la aplicación del régimen especial de generación altera el régimen básico, afectando a la configuración del régimen especial de producción eléctrica de tal modo que, en Canarias y por aplicación de las normas impugnadas, los sujetos en régimen especial de producción eléctrica se definen de forma más amplia que en el resto del territorio del Estado, contraviniendo así los preceptos estatales.

Por otra parte, no puede aceptarse la alegación de las instituciones autonómicas canarias relativa a que el art. 2.11 de la Ley del sector eléctrico canario, en cuanto reproduce de manera incompleta las normas equivalentes de la LSE, debe ser completado con dichas bases por los aplicadores jurídicos. En relación con la reproducción de preceptos estatales en normas autonómicas tenemos reiteradamente declarado, como recuerda la STC 341/2005, de 21 de diciembre , F. 9, que «cabe distinguir dos supuestos de reproducción de normas estatales por las autonómicas, de los que se derivan consecuencias distintas. El primer supuesto se produce cuando la norma reproducida y la que reproduce se encuadran en una materia sobre la que ostentan competencias tanto el Estado como la Comunidad Autónoma», supuesto éste en el que «al margen de reproches de técnica legislativa, la consecuencia no será siempre la inconstitucionalidad, sino que habrá

que estar a los efectos que tal reproducción pueda producir en el caso concreto». El segundo supuesto «tiene lugar cuando la reproducción se concreta en normas relativas a materias en las que la Comunidad Autónoma carece de competencias», en cuyo caso «la falta de habilitación autonómica debe conducirnos a declarar la inconstitucionalidad de la norma que transcribe la norma estatal», salvo supuestos excepcionales como el aludido en la STC 47/2004, de 25 de marzo , F. 8, o en la propia STC 341/2005, de 21 de diciembre , F. 10 a), esto es, cuando la reiteración simplemente consiste en incorporar a la normativa autonómica, ejercida ésta en su ámbito competencial, determinados preceptos del ordenamiento estatal «con la sola finalidad de dotar de sentido o inteligibilidad al texto normativo aprobado por el Parlamento autonómico». Y más concretamente hemos declarado que la reproducción parcial en un precepto autonómico de una norma estatal básica determina la invalidez de la norma autonómica, por contradecir y no respetar la legislación básica del Estado (por todas, SSTC 154/1989, de 5 de octubre, F. 6 ; 62/1993, de 18 de febrero, F. 4 ; 162/1996, de 17 de octubre, F. 4 ; 172/1996, de 31 de octubre, F. 2 ; y 73/1997, de 11 de abril , F. 4). ».

Por ello, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional expuesta, consideramos que el Estado está legitimado para proceder a determinar los criterios de ordenación de las instalaciones presentadas al registro de preasignación de retribución, en cuanto que ésta prescripción regula un elemento esencial del régimen especial de producción eléctrica, que incide en la sostenibilidad económica del sector eléctrico en su conjunto, y en la medida en que no advertimos merma de las facultades de atribución de la condición de instalación acogida a este régimen especial y autorizatorias que corresponden a las Comunidades Autónomas, en virtud de lo dispuesto en los artículos 27.2 y 28.3 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre , reguladora del Sector Eléctrico.

En este sentido, no consideramos que sea procedente el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, respecto del artículo 4 y las disposiciones transitorias cuarta y quinta del Real Decreto-ley 6/2009, de 30 de abril , por el que se adoptan determinadas medidas en el sector energético y se aprueba el bono social, pues no apreciamos que ni la decisión del legislador de urgencia de crear el registro administrativo de preasignación de retribución para las instalaciones de régimen especial, que depende del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, ni la prescripción de que la inscripción es condición necesaria para el otorgamiento del derecho al régimen económico establecido en el Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, ni la regulación de las condiciones de acceso al registro o la fijación de objetivos de potencia instalada del régimen especial, no esté amparada por los títulos competenciales del Estado previstos en el artículo 149.1.13^a y 25^a de la Constitución , e infrinja la competencia de la Comunidad Autónoma de Galicia en materia de régimen energético, atribuida por el artículo 28.3 del Estatuto de Autonomía de Galicia, norma que integra el bloque de constitucionalidad.

CUARTO.- Sobre el motivo de impugnación fundamentado en la infracción del principio de reserva de ley.

La pretensión anulatoria del Acuerdo del Consejo de Ministros de 13 de noviembre de 2009, basada en que la determinación de cual va a ser el criterio de priorización y la fijación de las fases de implantación debió de adoptarse en una norma de rango legal o, en su caso, por una norma reglamentaria, no puede ser acogida, en cuanto que estimamos que el Gobierno está habilitado para adoptar dichas decisiones en virtud de lo dispuesto en la disposición final tercera del Real Decreto-ley 6/2009, de 30 de abril , por el que se adoptan determinadas medidas en el sector energético y se aprueba el bono social, que confiere las facultades de desarrollo de la referida disposición al Gobierno, al Ministro de Economía y Hacienda y al Ministro de Industria, Turismo y Comercio, en relación con lo dispuesto en las disposiciones transitorias cuarta y quinta del mencionado Real Decreto- ley.

En este sentido, cabe significar que, como aduce el Abogado del Estado en su escrito de contestación a la demanda, el Acuerdo del Consejo de Ministros de 13 de noviembre de 2009 no puede caracterizarse como una disposición de carácter general que innova el ordenamiento jurídico regulatorio del sistema eléctrico, al limitarse a establecer criterios de priorización aplicables para la inscripción en el registro de preasignación de retribución.

QUINTO.- Sobre el motivo de impugnación fundamentado en la infracción de los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima.

La pretensión anulatoria del Acuerdo del Consejo de Ministros de 13 de noviembre de 2009, por el que se procede a la ordenación de los proyectos o instalaciones presentados al registro administrativo de preasignación de retribución para las instalaciones de producción de energía eléctrica, previsto en el Real Decreto-ley 6/2009, de 30 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas en el sector energético y se

aprueba el bono social, basada en que la decisión gubernamental de priorizar la entrada en funcionamiento de las instalaciones de producción de energía en régimen especial y de establecer restricciones para el vertido de energía eléctrica a través de la red de distribución o de transporte, es contraria a los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima, debe ser rechazada, sin necesidad de examinar la legitimación activa de la Administración recurrente cuestionada, en este extremo, por el Abogado del Estado, siguiendo los criterios expuestos en la sentencia de esta Sala jurisdiccional de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 2011 (RCA 187/2010), en la que dijimos:

« [...] En efecto, de la normativa legal reguladora de la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial no se desprende la petrificación o congelación del régimen jurídico de puesta en funcionamiento de las instalaciones, que impida llevar a cabo modificaciones o adaptaciones consistentes en imponer criterios de priorización con el objeto de diferir su entrada en funcionamiento por razones objetivas de carácter técnico o económico, en aras de tutelar intereses públicos jurídicamente protegibles.

El principio constitucional de seguridad jurídica tampoco garantiza el reconocimiento del derecho de los productores de energía eléctrica en régimen especial a la inmodificabilidad de dicho régimen, al ostentar el legislador y, en su caso, el Gobierno, un margen de apreciación en la ordenación de este sector regulado, atendiendo a criterios relacionados con la ejecución de las políticas energéticas y medioambientales que revisten un carácter estratégico para la economía nacional, y tomando en consideración los intereses generales incardinados en un correcto funcionamiento del sistema de producción y distribución de energía eléctrica y, asimismo, los derechos de los usuarios.

Por ello, carece de fundamento la imputación que se formula a la Disposición transitoria quinta, apartado 1, párrafo segundo, del Real Decreto-ley 6/2009, de 30 de abril, de vulnerar el principio de seguridad jurídica y el principio de confianza legítima, puesto que la entidad mercantil recurrente, en cuanto empresa que desarrolla la actividad de generación de energía eléctrica, no tiene un derecho a que se mantenga inalterado el régimen jurídico del sector de la energía eléctrica, ya que, según se desprende de los criterios expuestos en la sentencia de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2005 (RJ 2006/246), ningún obstáculo constitucional existe para que el legislador y, en su caso, el Gobierno, en ejercicio de la potestad reglamentaria y de las amplias habilitaciones con que cuenta en una materia intensamente regulada como la eléctrica, modifiquen la regulación de un concreto aspecto regulatorio, siempre que se mantenga dentro del marco establecido en la Constitución.

En este sentido, cabe significar que, en el concreto ámbito de ordenación del sector energético, en que se incardina la Disposición transitoria quinta, apartado 1, párrafo segundo del Real Decreto-ley 6/2009, el legislador conserva amplias facultades para establecer los criterios regulatorios de aquellos aspectos relacionados con la planificación de la actividad eléctrica y con la gestión económica y técnica del sistema eléctrico, que no están dominados exclusivamente, en toda su extensión, por el principio de liberalización de las actividades de generación de energía eléctrica.

Por ello, no apreciamos que la cuestionada Disposición transitoria quinta del Real Decreto-ley 6/2009, conculque el principio de seguridad jurídica en su sentido formal, porque la disposición contiene elementos claramente determinantes de la habilitación que se confiere al Consejo de Ministros, que no hacen incierto e imprevisible el modelo regulatorio de priorización de las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial. Asimismo, tampoco consideramos que la Disposición analizada sea contraria al principio de seguridad jurídica en su dimensión material, puesto que advertimos que el desarrollo normativo del Derecho de la Unión Europea regulatorio del mercado común de la electricidad y las constantes modificaciones del Derecho interno español, evidencian la mutabilidad del régimen jurídico del sector energético por causas económicas, tecnológicas, medioambientales y de protección de los consumidores y usuarios.

Procede recordar que el invocado principio de confianza legítima, tiene su origen en el Derecho Administrativo alemán (Sentencia de 14-5-1956 del Tribunal Contencioso-Administrativo de Berlín), constituye en la actualidad, desde las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 22-3-1961 y 13-7-1965 (asunto Lemmerz-Werk), un principio general del Derecho Comunitario, que finalmente ha sido objeto de recepción por nuestro Tribunal Supremo desde 1990 y también por nuestra legislación (Ley 4/99 de reforma de la Ley 30/92, art. 3.1.2). Así, la STS de 10-5-99 Az 3979, recuerda "la doctrina sobre el principio de protección de la confianza legítima, relacionado con los más tradicionales en nuestro ordenamiento de la seguridad jurídica y la buena fe en las relaciones entre la Administración y los particulares, y que comporta, según la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y la jurisprudencia de esta Sala, el que la autoridad pública no pueda adoptar medidas que resulten contrarias a la esperanza inducida por la razonable estabilidad en las decisiones de aquélla, y en función de las cuales los particulares han

adoptado determinadas decisiones. O dicho en otros términos, la virtualidad del principio invocado puede suponer la anulación de un acto o norma y, cuando menos, obliga a responder, en el marco comunitario de la alteración (sin conocimiento anticipado, sin medidas transitorias suficientes para que los sujetos puedan acomodar su conducta y proporcionadas al interés público en juego, y sin las debidas medidas correctoras o compensatorias) de las circunstancias habituales y estables, generadoras de esperanzas fundadas de mantenimiento. Sin embargo, el principio de confianza legítima no garantiza la perpetuación de la situación existente; la cual puede ser modificada en el marco de la facultad de apreciación de las instituciones y poderes públicos para imponer nuevas regulaciones apreciando las necesidades del interés general".

En último término, cabe significar que la decisión de restringir temporalmente la libertad económica de poner en funcionamiento sus instalaciones de producción de energía eólica, que se deriva del desarrollo del Real Decreto-ley 6/2009, no puede calificarse de caprichosa o arbitraria, aunque en su aplicación puedan frustrarse en cierto grado las expectativas empresariales generadas por el Real Decreto 661/2007, pues rechazamos que el Acuerdo considerado, desde la perspectiva de un juicio abstracto de su legalidad, infrinja el principio de seguridad jurídica garantizado por el artículo 9.3 de la Constitución . » .

En consecuencia con lo razonado, procede desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Letrado de la XUNTA DE GALICIA contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 13 de noviembre de 2009, por el que se procede a la ordenación de los proyectos o instalaciones presentados al registro administrativo de preasignación de retribución para las instalaciones de producción de energía eléctrica, previsto en el Real Decreto-ley 6/2009, de 30 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas en el sector energético y se aprueba el bono social.

SEXTO.- Sobre las costas procesales.

De conformidad con el artículo 139.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , no procede hacer expresa imposición de las costas procesales causadas en el presente recurso contencioso-administrativo.

En atención a lo expuesto, en nombre del Rey, y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que emana del Pueblo español y nos confiere la Constitución,

FALLAMOS

Primero.- Que debemos desestimar y desestimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Letrado de la XUNTA DE GALICIA contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 13 de noviembre de 2009, por el que se procede a la ordenación de los proyectos o instalaciones presentados al registro administrativo de preasignación de retribución para las instalaciones de producción de energía eléctrica, previsto en el Real Decreto-ley 6/2009, de 30 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas en el sector energético y se aprueba el bono social.

Segundo.- No procede hacer expresa imposición de las costas procesales causadas en el presente recurso contencioso- administrativo.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Pedro Jose Yague Gil.- Manuel Campos Sanchez-Bordona.- Eduardo Espin Templado.- Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.- Maria Isabel Perello Domenech.- Rubricados.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia, en el mismo día de su fecha por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.- María Teresa Barril Roche.- Firmado.